Die Selbsthilfe des Besitzers im Vergleich zur allgemeinen Selbsthilfe

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen Doktorwürde an der

Universität FREIBURG i. Br.

von

KARL LOHMANNS

Gerichtsreferendar

Crefeld

ACAD. LUGDBAT. BIBL.

CREFELD 1914

Druck: H. Lambertz, Crefeld, Ritterstr. 241

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543121_0030

Meinen lieben Eltern
gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

§ 1. Begriff der Selbsthilfe 9
§ 2. Zulässigkeit der Selbsthilfe 11
§ 3. Der gesetzestechnische Aufbau von § 859 13

I. Teil. Verhältnis von § 859 I zu § 227

§ 4. Die Streitfragen über den Charakter des § 859 I 19
§ 5. Die verbotene Eigenmacht 22
§ 6. Voraussetzungen der Notwehr 27
§ 7. Vergleich zwischen den Voraussetzungen der Besitznotwehr und der allgemeinen Notwehr 29
§ 8. Vergleich zwischen den Mitteln und Grenzen der Besitznotwehr und der allgemeinen Notwehr 31

II. Teil. Verhältnis zwischen § 859 II, III und §§ 229 ff.

§ 9. Stellung des § 859 II, III zu § 229 ff. . 35
§ 10. Vergleich zwischen den Voraussetzungen der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe 37
§ 11. Vergleich der Mittel der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe . 42
§ 12. Vergleich der Schranken der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe 46
§ 13. Zusammenfassung des Ergebnisses des zweiten Teiles 51

III. Teil. Verhältnis des defensiven Notstandes zum § 859

§ 14. Verhältnis von § 228 und § 859 . . . 53
§ 15. Das preussische Feld- und Forstpolizeigesetz 54

Literatur-Verzeichnis

Bartels: Ausführung zur Besitzlehre in Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 42.

Bauer: Die Selbsthilfe im Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Leipzig 1910.

Becker: Iherings Jahrbücher Bd. 34.

Biermann: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Auflage 1914.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Auflage 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Auflage 1910.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 4. Auflage 1908, Bd. 1 und 3.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Auflage 1905, Bd. 1 und 3.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuchs. 6.—8. Auflage 1911, Bd. 1 und 3.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch 1912.

Haller: Ueber Selbstverteidigung und Selbsthilfe. Diss. Ludwigsburg 1900.

Hass: Die Fälle der Selbsthilfe durch Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache, im bürgerlichen Gesetzbuche, nach Voraussetzungen und Wirkungen, einschliesslich der Rechtsfolgen der Ueberschreitung erlaubter Selbsthilfe. Diss. Flensburg 1907.

Herzer: Selbstschutz des unmittelbaren Besitzers nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1907.

Hill: Die Notrechte zum Schutze des unmittelbaren Sachbesitzes. Diss. Leipzig 1908.

Kleinrath: Besitzesschutz und Selbsthilfe in Gruchot Beiträge Bd. 54, Seite 481 ff.

Kock: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 8. Auflage 1883.

Kniep: Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches 1900.

Krahé: Der Besitzschutz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Cöln 1899.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches 1906.

Krienitz: Die Selbsthilfe. Diss. Greifswald 1910.

Kühn: Fälle berechtigter Selbsthilfe nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Leipzig 1909.

Künkler: Der Selbsthilfsschutz des Besitzers nach § 859 des bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Marburg 1899.

Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904 Bd. 1 und 3.

Leonhard: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.

Mäenner: Sachenrecht 2. Auflage 1906.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Auflage 1910.

Motive zu dem Entwurfe des BGB.

Niemeier: Der Selbsthilfeschutz des Besitzers. Diss. Greifswald 1909.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Erstes Buch. Allgemeiner Teil. 2. Auflage 1908.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. 1, 4. Auflage 1913, Bd. 3, 3. Auflage 1906.

Protokolle.

Reuter: Verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858. Diss. Leipzig 1907.

Riso: Das Recht der Eigenmacht nach dem Sächsischen und dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1900.

Schäfer: Die Selbsthilfe nach dem Rechte des BGB. Diss. Berlin 1909.

Schocke: Die Selbsthilfe nach altem und neuem Recht. Diss. Leipzig 1909.

Schmelzer: Selbstschutz des Besitzers im bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1904.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 7.—8. Auflage 1912, Bd. 1 und 3.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. in Iherings Jahrbücher Bd. 38.

Titze H.: Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1905.

Wilfferodt: Selbsthilfe nach dem bürgerlichen Gesetzbuch Diss. Leipzig 1905.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechtes 1906 Bd. 1.

Zimmer: Die Selbsthilfe beim Besitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1906.

Einleitung

§ 1. Begriff der Selbsthilfe.

Der Begriff „Selbsthilfe“ wird in doppelter Bedeutung gebraucht. Zunächst versteht man darunter in der Wissenschaft den defensiven Selbstschutz, auch Selbsthilfe im weiteren Sinne genannt. Dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist dieser Ausdruck fremd. Es behandelt die beiden hierher gehörigen Fälle als Notwehr und Notstand, ohne sie unter den gemeinsamen Oberbegriff der Selbsthilfe im weiteren Sinne zusammenzufassen. Sodann wird der Begriff gebraucht im Sinne der aggressiven Geltendmachung von Rechten, Selbsthilfe im engeren Sinne. Diese ist die technische Selbsthilfe des Bürgerlichen Gesetzbuches im § 229.

Die defensive Selbsthilfe, Notwehr und Notstand, richtet sich gegen einen von aussen her erfolgenden Angriff, den der Angegriffene ohne Hilfe des Staates abwehrt, um einen Zustand so, wie er besteht, aufrecht zu erhalten. Die Art des Angriffs, wie die Mittel zu seiner Abwehr können hierbei verschieden sein. Geht der Angriff von einer Person aus, so berechtigt die Selbsthilfe zur Gewalt gegen die Person des Angreifers, und zwar sowohl gegen seinen Körper, als auch unter Umständen gegen sein Leben. (Notwehr, BGB. 227.) Droht eine Gefahr von einer Sache, so kann — allerdings nur mit gewissen, im Gesetz aufgezählten Einschränkungen — der Bedrohte die Sache selbst beschädigen oder zerstören (defensiver Notstand). Gleichgiltig, ob der Angriff bezw. die Bedrohung von einer Person oder Sache ausgeht, kann der Betroffene auch in das Eigentum Dritter eingreifen, falls dies zur Abwendung

der drohenden Gefahr erforderlich ist, und der dem Dritten durch den Eingriff erwachsende Schaden nicht ausser Verhältnis steht zu dem drohenden Schaden (aggressiver Notstand oder Nothilfe BGB. § 904). Das ist das System der Selbsthilfe im weiteren Sinne, wie es sich im Bürgerlichen Gesetzbuche findet.

Neben dieser allgemeinen Selbsthilfe — allgemein deshalb, weil jedes gefährdete Rechtsgut durch sie geschützt wird — findet sich im § 859 eine besondere Regelung der Selbsthilfe des Besitzers [1] [2]) Es erhebt sich die Frage, ob diese Selbsthilfe als eine lex spezialis in das obige System einzufügen ist, oder ob sie selbständig neben der allgemeinen Selbsthilfe steht mit ihren eigenen Voraussetzungen und Wirkungen. Sollte die Frage im letzteren Sinne entschieden werden, so dürfte ein Vergleich zwischen beiden von Interesse sein.

Die Klarstellung des Verhältnisses der allgemeinen Selbsthilfe zur Besitzselbsthilfe soll die Aufgabe der folgenden Ausführungen sein.

Ehe wir an die Lösung dieses Problems herantreten, müssen wir einige Vorfragen entscheiden, die für das Weitere von grundlegender Bedeutung sind. Dies ist einmal die prinzipielle Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Zulässigkeit der Selbsthilfe überhaupt, sodann der gesetzestechnische Aufbau des § 859.

---

[1]) Sonstige speziell geregelte Fälle der Selbsthilfe sind: das Selbsthilfsrecht des Vermieters § 561, das Recht des Eigentümers aus § 910.

[2]) Ueber den Grund der besonderen Regelung der Besitzselbsthilfe siehe: Endemann I 234 A 4: „Eine blosse Verweisung auf den Rechtsweg würde den bisherigen Besitzer unbilligerweise mit den Nachteilen der Klägerrolle belasten und dem fehlerhaften Besitzer auch dem Verletzten gegenüber wenigstens vorläufig Anerkennung bieten." Ferner Hill, Dissertation Seite 41: „Der intensive Schutz, den der Besitzer geniesst, hat seine innere Rechtfertigung in der sinnfälligen Erscheinungsform des Besitzes. Seine Publizität lässt einen Irrtum regelmässig nicht nur für den Besitzer, sondern auch für Dritte als ausgeschlossen erscheinen, und daher scheute sich der Gesetzgeber mit Recht nicht, an das klar Erkennbare besonders weitgehende Folgen für den Fall der Verletzung anzuknüpfen."

§ 2. Zulässigkeit der Selbsthilfe.

Es bedarf wohl keines Beweises, dass das Bestreben eines jeden entwickelten Rechtsstaates die Zurückdrängung der Selbsthilfe ist. Während der moderne Staat grundsätzlich für sich allein die Rechtsverfolgung in Anspruch nimmt, ist das Charakteristikum einer jeden Selbsthilfe die eigenmächtige Wahrnehmung eines Rechtes ohne Anrufung der Staatsgewalt. Ganz zu entbehren ist die Selbsthilfe jedoch nie, mag der Rechtsstaat noch so hoch entwickelt sein.

Der weiteste Spielraum wird hierbei der Notwehr gewährt. So galt auch im späteren römischen Recht, das der Selbsthilfe wenig geneigt war, der Satz: Vim vi repellere licet. Das Preussische allgemeine Landrecht, das als das Recht des absoluten Polizeistaates die Staatsgewalt auf das schärfste betont, bestimmt in der Einleitung § 78: „Die Selbsthilfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hilfe des Staates zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde."

Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet im § 227 die Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes ohne Anrufung der Staatsgewalt.

Während so die Notwehr ihren Platz auch im hochentwickelten Rechte behauptet hat, musste die Selbsthilfe im engeren Sinne das Feld räumen. In Deutschland konnte sich die Selbsthilfe allerdings wegen des Mangels einer kräftigen Staatsgewalt bis hoch in das Mittelalter in Form des Fehderechtes behaupten. Aber in der gleichen Weise, in der gegen Ende des Mittelalters starke territoriale Staatsgewalten aufkamen, wurde die Selbsthilfe zurückgedrängt. Im Allgemeinen Landrecht vollends war sie gänzlich untersagt in der Einleitung § 77: „Niemand ist sich durch eigene Gewalt Recht zu verschaffen befugt."

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt kein direktes Verbot der Selbsthilfe. Folglich erhebt sich die Frage, ob in

§ 229 grundsätzlich die Selbsthilfe zugelassen ist, oder ob auch das Bürgerliche Gesetzbuch von dem unausgesprochenen Grundsatze des Verbotes jeder Selbsthilfe ausgeht und hiervon nur eine Ausnahme im § 229 macht. Die herrschende Meinung[1]) vertritt die erste Auffassung.

Wie Oertmann[2]) ausführt, ist die Selbsthilfe nur dann widerrechtlich, wenn sie in einer an sich bereits rechtswidrigen Handlung besteht, z. B. Freiheitsberaubung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw. Die andere Ansicht wird von Endemann[3]) und Cosak[4]) vertreten. Nach ihnen macht der Umstand, dass eine Handlung zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen wird, sie zu einer rechtswidrigen, auch dann, wenn sie an sich nicht rechtswidrig ist.

Das Gesetz selbst gibt unmittelbar keinen Anhaltspunkt zur Entscheidung dieser Frage. Die oben kurz skizzierte geschichtliche Entwicklung deutet unzweifelhaft auf ein grundsätzliches Verbot der Selbsthilfe hin. Zum gleichen Ergebnis führen auch folgende Erwägungen.

Allerdings berechtigt jedes subjektive Recht den Berechtigten, sein Recht auszuüben, das heisst, von jedem Dritten oder von dem ihm Verpflichteten ein seinem Rechte entsprechendes Verhalten zu verlangen. Das Recht geht aber zunächst nur soweit, als der andere es gelten lässt. Bestreitet er es, so darf der Berechtigte keineswegs unter Berufung auf sein Recht zur Gewalt schreiten. Ist es doch sehr wohl möglich, dass der Dritte zur Verweigerung berechtigt ist. Dieses zu entscheiden und das als Recht Erkannte eventuell gegen den Willen des Verpflichteten mit Gewalt durchzusetzen, ist einzig und allein der Staat befugt. Jeder Berechtigte hat also für den Fall, dass sein Gegner ihm Widerstand leistet, lediglich einen Anspruch auf die Hilfe des Staates.

---

[1]) Windscheid, Pandekten 660 ff. Oertmann I 670 A b. Gierke I S. 337 Goldmann Liliental I S. 283.

[2]) a. a. O.

[3]) Endemann I S. 446.

[4]) Cosak I 3. 349 III 1.

Daraus folgt, dass jeder auf eigenmächtige, gewaltsame Durchführung eines Rechtes gerichtete Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen rechtswidrig ist.

Dieses Ergebnis entspricht auch der modernen Auffassung vom Rechte und dem Geiste unserer Gesetze. Beide sind durchdrungen von sozialen Gedanken. Ueberall finden wir in der Gesetzgebung das Bestreben, den Schwachen in Schutz zu nehmen In jeder Selbsthilfe aber steckt ein Stück mittelalterlichen Faustrechtes, das mit unserem heutigen Empfinden im schroffsten Widerspruche steht.

Danach ist die Stellung des § 229 folgendermassen zu bestimmen: Er bildet eine Ausnahme von dem grundsätzlich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Verbot der Selbsthilfe. Die Selbsthilfe ist also nur ausnahmsweise statthaft in den engumgrenzten Schranken dieses Paragraphen.

§ 3. Der gesetzestechnische Aufbau von § 859.

Einige Schwierigkeiten bietet die gesetzestechnische Erklärung des § 859. Nach der herrschenden Meinung,[1]) der ich mich auch anschliesse, enthält der Absatz I ein mit § 227 in Parallele zu setzendes Selbstverteidigungsrecht des Besitzers gegen Störungen im Besitz, eine Besitznotwehr.[2]) Der Besitz ist dem Besitzer also noch nicht entzogen, sondern er wird nur gestört, beeinträchtigt.[3]) Hat der Besitzer den Besitz verloren, so verleiht ihm § 859

[1]) Biermann A zu § 859 A. Grome III S. 65. Landsberg S. 628. Plank III S. 45. Kretzschmar S. 21. Goldmann-Liliental S. 16. Riso S. 27, 28.

[2]) Ueber das Verhältnis des § 859 I zu § 227, siehe §§ 4—8 der Arbeit.

[3]) Windscheid I 157 „Eine Einwirkung, die eine teilweise Ausschaltung des Willens des Besitzers zur Folge hat, ist als Störung, eine solche, die den Willen in allen Beziehungen ausscheidet, als Entziehung anzusehen."

II und III ein Selbsthilferecht eigener Art.[1]) Absatz II und III bilden hierbei eine Einheit. Die Scheidung in bewegliche Sachen und Grundstücke, die sich im Gesetze findet, ist rechtlich belanglos. Das Selbsthilferecht ist in beiden Fällen seinem Wesen nach identisch, nur die Form ist ein wenig verschieden, entsprechend dem verschiedenen Charakter der beweglichen Sachen und der Grundstücke.

Diese Ansicht ist aber keineswegs unbestritten. Hill[2]) sieht im Absatz I die Regelbestimmung, derzufolge jede verbotene Eigenmacht, d. h. sowohl Besitzentziehung als auch Besitzstörung, dem Besitzer die Berechtigung erteilt, sich der Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren. Dabei mache es keinen Unterschied, ob es sich um eine bewegliche Sache oder um ein Grundstück handele. Von dieser Regel enthielten Abs. II und III Ausnahmen für den Fall der Besitzentziehung für bewegliche Sachen und Grundstücke.

Diese Konstruktion erscheint mir sehr willkürlich. Als einzige Stütze seiner Erklärung führt Hill die Gesetzestechnik des Bürgerlichen Gesetzbuches an. Dieser Beweis dürfte aber keineswegs zwingend sein, wenn dem Geiste des Gesetzes eine andere Auslegung mehr entspricht. Wenn man Abs. I soweit fassen will, dass darunter nicht nur Besitzstörung, sondern auch Besitzentziehung fallen, würde die Besitzentziehung doppelt geregelt sein, nämlich zunächst im Abs. I und dann nochmals in Abs. II und III. Da die Besitzentziehung für bewegliche Sachen und für Grundstücke in Abs. II und III fest umgrenzt und ihre Voraussetzungen genau bestimmt sind — auf frischer Tat betroffener oder verfolgter Täter, sofort nach der Entziehung — ist diese Regelung eine erschöpfende, da Besitz seinem Wesen nach nur an Sachen, also beweglichen und unbeweglichen, möglich ist. Es wäre also die im Abs. 1 enthaltene allgemeine Bestimmung gegenstandslos. Ausserdem

[1]) Ueber das Verhältnis von § 859 II und III zu § 229 ff. siehe §§ 9—13 der Arbeit.

[2]) Diss. Leipzig S. 43.

geht aus dem Ausspruch „sicher wehren“ deutlich hervor, dass der Besitz noch nicht verloren sein darf. Die richtige Erklärung dürfte demnach sein, dass Abs. I dem Besitzer, falls er in seinem Besitze gestört wird, ein der Notwehr vergleichbares Selbstverteidigungsrecht gewährt.

Auch über die Bedeutung des Abs. II und III gehen die Ansichten auseinander. Kniep[1]) bezeichnet die Rechte, die Abs. II und III dem Besitzer verleihen, nicht als Selbsthilfe im engeren Sinne, sondern rechnet sie zur Notwehr. Wird nämlich, so sagt er, dem Besitzer eine bewegliche Sache abgenommen, verfolgt darauf der Besitzer auf der Stelle den Täter, um ihm die Sache kurz darauf wieder abzunehmen, so ist der Besitz nicht verloren gewesen, es liegt nur eine vorübergehende Verhinderung vor im Sinne von § 856 II. Ebenso bezeichnet Kniep es als Besitzverteidigung, wenn dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz entzogen wird, er aber sofort den Täter wieder entsetzt. Aus mehreren Gründen kann ich mich dieser Ansicht nicht anschliessen. Das Argument Knieps, das er im § 856 II gefunden zu haben glaubt, dürfte unzutreffend sein. Damit nämlich die Wirkung des Besitzverlustes trotz Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht erfolgt, verlangt das Gesetz in § 856 II eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung. Das scheint Kniep übersehen zu haben. Niemand wird behaupten wollen, dass die Besitzentziehung durch einen Dieb ihrer Natur nach eine vorübergehende sei, selbst dann nicht, wenn ich ihn sofort verfolge, um ihm dann die Sache wieder abzunehmen. Auch ganz abgesehen von der irrigen Auslegung von § 856 II ist die Auffassung Kniep nicht mit unserem Begriff des Besitzes zu vereinigen. Wenn das Wesen des Besitzes in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht, so dürfte doch der krasseste Fall des Besitzverlustes die Wegnahme durch einen Dieb oder Räuber sein. Kniep stösst sich

[1]) Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 313.

daran, dass in einem Falle, wo dem auf frischer Tat ertappten Diebe die gestohlene Sache sofort wieder abgenommen wird, juristisch folgende Vorgänge vielleicht innerhalb weniger Sekunden sich abspielen sollten: Besitzverlust, Besitzerwerb, Zurückerwerb des Besitzers und entsprechender Besitzverlust auf Seiten des Diebes. Diese Konstruktion mag ja den Laien eigentümlich anmuten; viel verständlicher wird sie aber sogleich, wenn man den Fall setzt, dass der Dieb erst nach einer Verfolgung von einigen Stunden gestellt wird. Zudem kann von einer Abwehr verbotener Eigenmacht logischerweise nur solange die Rede sein, als der zur Abwehr Berechtigte den Besitz, d. h. die tatsächliche Gewalt, über eine Sache hat. Hat er den Besitz der Sache verloren, so kann ihm nicht das Recht der Verteidigung, sondern nur das Recht der Selbsthilfe zustehen.

Folglich ist Abs. II und III nicht das Notwehrrecht des Besitzers, sondern die Besitzselbsthilfe.

§ 859 IV bedeutet eine Erweiterung der vorhergehenden Abschnitte insofern, als nach ihm der Kreis derjenigen Personen, gegen die sich im Falle verbotener Eigenmacht die Selbsthilfe richtet, vergrössert wird. Unbestritten bezieht er sich auf Abs. II und III, auf das Selbshilferecht des Besitzers. Dagegen ist es zweifelhaft, ob auch Abs. I unter Abs. IV falle. Gesetzestechnisch steht dem nichts im Wege. Mehrere Schriftsteller[1]) sprechen sich dafür aus, auch Abs. IV auf Abs. I zu beziehen. Riso[2]) gibt zwar zu, dass Absatz IV „streng nach dem Wortlaute des Gesetzes eigentlich nur auf Absatz II und III bezogen werden kann". Trotzdem glaubt er, unter Berufung auf die allgemeine Fassung des Abs. IV diese Ausdehnung vertreten zu müssen. Demgegenüber ist zu sagen: Im Abs. IV wird als Voraussetzung fehlerhafter Besitz verlangt. Es fragt sich, ob der Besitz des Abs. I fehlerhaft

[1]) Riso S. 30. Kniep S. 312. Becker, Iherings Jahrbücher Bd. 34 S. 13.

[2]) A. a. O.

sein kann. Unsere Stellungnahme zu dieser Frage ist implicite schon im ersten Teile dieser Ausführungen enthalten. Da nach § 858 „der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz" fehlerhaft ist, ist Voraussetzung der Fehlerhaftigkeit, dass der rechtmässige Besitzer den Besitz verloren hat. Wie eben nachzuweisen versucht worden ist, setzt § 859 voraus, dass der Besitz noch nicht entzogen worden ist. Infolgedessen kann Abs. IV nicht auf den Abs. I ausgedehnt werden.

Hierfür liegt aber auch durchaus kein praktisches Bedürfnis vor. Nimmt der Nachfolger im Besitze die störende Tätigkeit wieder auf, so steht dem Besitzer eben gegen ihn als den nunmehrigen Störer das Selbsthilfsrecht des Abs. I zu, ohne dass er dazu des Abs. IV bedürfte. Aehnlich liegt die Sache, wenn die Störung durch eine Anlage verursacht wird. Kniep[1]) führt aus, dass beim gerichtlichen Besitzschutz passiv legitimiert nicht nur derjenige ist, der die störende Anlage anlegt, sondern auch jeder Nachfolger im Besitze, wenn er dieselbe nicht beseitigt, da er durch das Bestehenlassen deutlich zeigt, dass die Eigenmacht seines Vorgängers auch seinem Willen entspricht. Genau dasselbe gilt für den Besitzschutz durch Selbsthilfe. Falls der Nachfolger eine störende Anlage aufrecht erhält, stört eben er von dem Augenblicke des Besitzwechsels an den Besitz seines Nachbarn und macht sich verbotener Eigenmacht schuldig, gegen die dem Besitzer nach § 859 I die Selbsthilfe gestattet ist.

[1]) S. 466.

I. Teil

Verhältnis von § 859 I zu § 227.

§ 4. Die Streitfragen über den Charakter des § 859 I.

Treten wir jetzt an unsere eigentliche Aufgabe heran, so ergibt sich aus dem Vorhergehenden zunächst eine Zweiteilung des Stoffes: im ersten Abschnitt ist § 859 I der allgemeinen Notwehr aus § 227 gegenüber zu stellen, während im zweiten Abschnitte die Selbsthilfe des Besitzers aus § 859 II und III mit der Selbsthilfe des § 229 verglichen wird. Daran anschliessen wird sich dann ein kurzer Vergleich zwischen der Selbsthilfe des Besitzers und dem Notstande nach § 228.

Das Verhältnis von § 859 I zu § 227 ist wohl die meist bestrittene Frage auf diesem Gebiete. Die radikalste Theorie, vertreten von Planck[1], Kretzschmar[2]). Becker[3]), Schmelzer[4]), Krahé[5]) und Zimmer[6]) geht soweit, zu behaupten, § 859 sei vollständig überflüssig. Nach ihnen wiederholt § 859 I nur in positiver Form, was durch den negativ gefassten § 227 jedem, also auch dem Besitzer erlaubt ist. Den Beweis hierfür führen sie im einzelnen folgendermassen[7]). Der § 859 I enthalte alle Erfordernisse

[1]) § 859 A 2.

[2]) S. 251 § 859.

[3]) Iherings Jahrbücher, Bd. 34 S. 11.

[4]) Dissertation S. 6 ff.

[5]) Dissertation S. 24.

[6]) Dissertation S. 25.

[7]) Die folgende Begründung schliesst sich an Schmelzers Dissertation S. 6 ff. an.

der Notwehr nach § 227 II. In der verbotenen Eigenmacht liege, wie sich aus § 859 I ergebe, ein rechtswidriger Angriff. Es folge bereits aus § 227, dass die zur Abwehr dieses Angriffes erforderliche Verteidigung nicht widerrechtlich sei. Wenn dem Besitzer auch ohne Einschränkung erlaubt sei, sich verbotener Eigenmacht zu erwehren, so sei die Anwendung von Gewalt doch nur insoweit zulässig, als es zur Abwehr erforderlich sei. Falls sie darüber hinausgehe, liege kein „sich erwehren" mehr vor, dann sei die Anwendung von Gewalt widerrechtlich und verpflichte, wenn der Besitzer schuldhaft handle, zum Schadenersatz. Ferner folge aus dem „sich erwehren", dass es sich nur um einen gegenwärtigen Angriff handeln könne. Denn eines in der Zukunft liegenden oder bereits abgeschlossenen Angriffs könne man sich nicht „erwehren".

Die Vertreter dieser Ansicht kommen also zu dem Ergebnis, dass, wenn § 859 I im Gesetze fehlen würde, der Besitzer genau die gleichen Rechte hätte, die ihm heute zustehen. Nach ihnen behandelt § 859 I nur einen Spezialfall des § 227, ja er greift nur ein Rechtsgut aus den zahlreichen, durch § 227 geschützten Rechtsgütern heraus. Es fehlt auch nicht an Erklärungsversuchen dieser behaupteten eigentümlichen Doppelregelung für den Besitz. Es ist allerdings misslich, so sagt man, etwas, was im allgemeinen Teil gesagt ist, später noch einmal zu wiederholen, zumal solche Wiederholungen im Gesetze nicht vermutet werden und folglich leicht zu falscher Auslegung Veranlassung geben.[1]) Der Gesetzgeber hat wohl angenommen, dass durch die Einfügung des Absatzes I das Recht des Besitzers zum Selbstschutze übersichtlicher und die folgenden Vorschriften verständlicher würden.[2]) Da die Besitznotwehr zu den wichtigsten Fällen gehöre, hätte beim Weglassen des Abs. I doch später vielleicht eine

[1]) Becker, Iherings Jahrbücher. Bd. 34 S. 11.
[2]) Kretzschmar S. 251.

entsprechende Verweisung auf § 227 eingefügt werden müssen.

Eine zweite Theorie, deren Hauptvertreter Endemann[1]) und Bartels[2]) sind, misst dem § 859 I zwar selbständige Bedeutung bei, behandelt ihn aber als einen Spezialfall der allgemeinen Notwehr, an deren einzelne Voraussetzungen er gebunden sei. Nach Endemann muss das Notwehrrecht des Besitzers nach den Normen der allgemeinen Notwehr behandelt werden. Bartels behauptet kurzweg:[3]) Die allgemeinen Vorschriften über Notwehrrecht kommen selbstverständlich auch bei der Besitzverteidigung gegenüber verbotener Eigenmacht zur Anwendung „Im § 859 sind aber nach dieser Richtung hin noch besondere Bestimmungen getroffen." Ich habe die Ausführungen der beiden Vertreter der Theorie möglichst genau wiedergegeben, da ich nirgendwo eine Begründung habe finden können. M. E. gehen sie von der Stellung der beiden Paragraphen im Gesetz aus. Da die Besitznotwehr im speziellen Teile steht, glauben sie die allgemeinen Lehren „selbstverständlich" darauf anwenden zu können. Dieser Umstand allein ist aber keineswegs ein Beweis für die Richtigkeit ihrer Behauptungen. Das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute lässt sich nicht lediglich nach ihrer äusseren Stellung im Gesetze feststellen dazu muss man vielmehr auf ihr Wesen und ihren Zweck zurückgreifen.

Die Besitznotwehr ist auf die kürzeste Formel gebracht die Verteidigung des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht. Was ist aber verbotene Eigenmacht? Das ist der Kernpunkt der ganzen Frage. Ist verbotene Eigenmacht identisch mit dem Angriff des § 227, so hat Becker Recht, wenn er § 859 I für überflüssig erklärt. Ist jedoch die verbotene Eigenmacht ein Begriff sui generis, d. h. ein vollständig selbständiger Begriff, so ist damit

[1]) II S. 234.

[2]) Gruchot, Jahrg. 1898. Ausführungen zur Besitzlehre des BGB.

[3]) Gruchot, Bd. 42 S. 676.

nicht nur die Unhaltbarkeit der Becker'schen Theorie, sondern auch die Unrichtigkeit der Ansicht Endemann's dargetan, da alsdann die Besitznotwehr vollständig selbstständig neben der allgemeinen Notwehr dasteht.

§ 5. Die verbotene Eigenmacht.

Das Gesetz definiert die verbotene Eigenmacht in § 858 I wie folgt: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich."

Zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht gehört also zunächst ein Handeln, „ohne den Willen des Besitzers". Rein objektive Gesichtspunkte sind hierbei massgebend. Die Tatsache der Besitzstörung oder Besitzentziehung ohne, und erst recht gegen den Willen des Besitzers, ist selbst dann verbotene Eigenmacht, wenn der Handelnde ein Recht zum Besitz hat.[1]) Der Wille des Besitzers ist nur dann nicht von Bedeutung, wenn der Eingriff durch das Gesetz erlaubt ist. Hierbei ist neben den Fällen der §§ 227, 230, 561, 859, 910, 962 besonders an die Beeinträchtigung und Entziehung des Besitzes auf Grund des öffentlichen Rechtes zu denken. Es ist für den Begriff der verbotenen Eigenmacht vollständig gleichgültig, ob die Störung bezw. Entziehung vorsätzlich, fahrlässig oder ohne jedes Verschulden geschieht. Selbst wenn der Handelnde berechtigt zu sein glaubt oder auf die spätere Einwilligung des Besitzers rechnet, bleibt sein Handeln verbotene Eigenmacht.[2]) Wenn das Gesetz die verbotene Eigenmacht als widerrechtlich bezeichnet, so ist damit noch keineswegs gesagt, dass jede verbotene Eigenmacht eine unerlaubte Handlung sei. Widerrechtlich bedeutet hier nur, dass solche Handlungen zur Selbsthilfe nach § 859 berechtigen

[1]) Staudinger, Anmerkung zu § 858 I 2.
[2]) Zimmer S. 18.

und eine Klage nach §§ 861, 862 geben. Die verbotene Eigenmacht ist umfassender wie die unerlaubte Handlung. Widerrechtlich sind beide. Damit aber eine verbotene eigenmächtige Handlung zugleich eine unerlaubte Handlung sei, muss sie schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Ein Beispiel diene zur Illustration. Mein Nachbar hat in seinem Garten einen Baum gepflanzt, dessen Zweige mit der Zeit in meinen Luftraum hineingewachsen sind und meinen Besitz stören. Der Nachbar begeht keine unerlaubte Handlung, macht sich aber verbotener Eigenmacht schuldig, die ich nach § 859 I dadurch abwehren kann, dass ich die Zweige abschneide. Werde ich dagegen dadurch in meinem Besitz gestört, dass mein Nachbar einen an der Grenze stehenden Baum vorsätzlich oder fahrlässig so fällt, dass derselbe in mein Blumenbeet hineinfällt, so habe ich nach freier Wahl nebeneinander ein Selbsthilferecht nach § 859, die Klage nach § 862 auf Beseitigung der Störung und die Klage aus unerlaubter Handlung nach § 823 auf Schadenersatz.[1])

Entscheidend dafür, ob die Handlung o h n e den Willen des Besitzers vorgenommen wird, ist der Augenblick der Vornahme der Handlung. Hat der Besitzer zwar zunächst sein Einwilligung gegeben, zieht er sie aber später zurück, so macht sich der Handelnde verbotener Eigenmacht schuldig.

Als zweites Begriffselement fordert § 858 eine Besitzstörung oder Besitzentziehung. Die Grenze zwischen beiden ist oft sehr schwer festzustellen. Besonders ist es in vielen

[1]) Ob auch § 858 I deshalb, weil er die verbotene Eigenmacht für widerrechtlich erklärt, ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 II ist und somit auch für den Fall, dass die verbotene Eigenmacht keine unerlaubte Handlung ist, zum Schadenersatz verpflichtet, ist bestritten. Dafür ist Planck III, Anm. zu § 858 2; dagegen ist besonders Staudinger III, Anm. zu § 858 I 2b. Nach ihm fällt der Schadenersatzanspruch als petitorischer Anspruch ganz aus dem Rahmen des Besitzprozesses heraus. Letztere Ansicht dürfte die richtige sein.

Fällen zweifelhaft, ob eine teilweise Besitzentziehung oder nur eine Besitzstörung vorliegt. Diese Frage ist für uns deshalb besonders wichtig, weil, wie oben nachgewiesen wurde, gegen Besitzstörung § 859 I, gegen Besitzentziehung dagegen § 859 II und III gegeben sind. Die Lösung, die Enneccerus[1]) vorschlägt, dürfte das Richtige treffen. Nach ihm ist das Entscheidende, ob der Täter für sich Besitz, sei es Voll- oder Teilbesitz, begründet. Ist das der Fall, so liegt stets Besitzentziehung vor, andernfalls nur Besitzstörung. Im Folgenden werden wir die Besitzentziehung, die auch weniger Schwierigkeiten bietet, ausser acht lassen und uns auf die Besitzstörung beschränken, da sie bei der Besitznotwehr allein von Bedeutung ist.

Staudinger[2]) glaubt davon ausgehen zu müssen, „dass noch nicht jede Beeinträchtigung des Besitzes eine Besitzstörung enthält." Er verlangt stets „ein gewisses Moment der Dauer, sei es nun in der Form der körperlichen Fortwirkung (z. B. Anlage) oder in der Form psychischer Fortwirkung in der Störung dadurch, dass bei dem Gestörten begründete Besorgnis vor weiterer Störung erregt und damit für jenen ein andauerndes Gefühl der Unsicherheit im Besitz geschaffen wird, z. B. durch bedrohliche Vorbereitungen zu einem Bau auf dem in meinem Besitz befindlichen Grundstücke." „Dagegen sei ein einmaliges Fahren über ein fremdes Grundstück noch keine Besitzstörung, könne es aber bei Besorgnis vor weiteren Störungen werden." Dies dürfte zu weit gegangen sein. Aus den Ausführungen ist gar nicht ersichtlich, worauf Kober seine Ansichten stützen will. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt. Im Gegenteil, nach dem Wortlaute des Gesetzes dürfte das unerlaubte Fahren oder Gehen über ein fremdes Grundstück geradezu das Schulbeispiel für Besitzstörung sein, auch wenn keine Besorgnis für weiteres Handeln besteht. Es ist also abzulehnen, für die Besitz-

[1]) III. § 16, I 3.
[2]) III. Anm. zu § 858 II 2a.

störungen einen eine gewisse Zeit dauernden Zustand zu verlangen.[1])

Die Besitzstörung kann erfolgen durch tätliche Handlungen und durch Worte. Durch Handlungen: Nicht erforderlich ist, dass sie offensiv sind, dass sie einen Angriff darstellen. Der Besitz kann auch durch heimliche Handlungen gestört werden, z. B. durch das Bekleben einer Mauer mit einem Anschlag während der Nacht.[2]) Ebenso wenig ist es notwendig, dass die störende Handlung noch nicht beendet ist. Eine Störung im Sinne des § 858 liegt solange vor, als der durch die störende Handlung hervorgerufene Zustand fortdauert. Wenn mein Nachbar Bausteine für das auf seinem anliegenden Grundstücke zu errichtende Gebäude auf meinem Grundstücke hat abladen lassen, so hat er mich dadurch zweifellos in meinem Besitze gestört. Diese Störung dauert so lange, als die Steine auf meinem Besitztum liegen. Ebensolange verübt der Nachbar gegen mich verbotene Eigenmacht. Schwieriger ist die Frage, ob der Besitz auch durch Worte gestört werden kann. In der Literatur ist man sich nicht darüber einig. Während Crome[3]) und Endemann[4]) eine Störung durch blosse Worte für möglich halten, lehnen Matthiass[5]) und Zimmer[6]) eine solche ab. Das Richtige dürften Biermann[7]) und Enneccerus[8]) treffen.[9]) Nicht jedes Bestreiten des Besitzes ist auch schon eine Besitzstörung. Gegen denjenigen, der lediglich mit Worten den Besitz bestreitet, genügt ja die Feststellungsklage, so dass hier praktisch kein Bedürfnis nach intensiverem Schutze vorhanden ist.

[1]) Ebenso Enneccerus II § 16 I.
[2]) Kniep S. 314.
[3]) III § 352 I, 2.
[4]) II § 91 S. 24.
[5]) II 3. 15.
[6]) Diss. S. 15.
[7]) Anmerkung zu § 862 2b.
[8]) II § 16 I.
[9]) Dernburg lässt die Frage unentschieden. III S. 90 II.

Ist dagegen ein Bestreiten mit einer Drohung für den Fall der Besitzausübung verbunden, die den Besitzer zur Unterlassung von Besitzhandlungen veranlasst, so liegt eine Besitzstörung vor. Unter Umständen kann also verbotene Eigenmacht auch mit blossen Worten verübt werden. Begrifflich ausgeschlossen ist dagegen eine verbotene Eigenmacht durch reine sachliche Störungen. Unter sachlichen Störungen sind solche zu verstehen, die weder unmittelbar noch mittelbar auf das Handeln einer Person zurückgeführt werden können. Zu den nicht sachlichen Störungen gehören also nicht nur die Fälle, bei denen die Handlung einer Person unmittelbar die Störung hervorruft, sondern auch der oben angeführte Fall, dass mein Nachbar einen Baum an die Grenze pflanzt, dessen wachsende Zweige mich beeinträchtigen. Diese Störung ist — wenn auch nur mittelbar — auf die Handlung des Einpflanzens meines Nachbaren zurückzuführen. Eine rein sachliche Störung ist es dagegen, wenn ein fremdes Pferd in meinen Garten eindringt. Solche sachliche Störungen können deshalb keine verbotene Eigenmacht sein, weil diese begrifflich in einem rechtswidrigen Handeln besteht. Rechtswidrig, überhaupt rechtserheblich handeln können aber nur Menschen. Verbotene Eigenmacht muss also notwendig von einem Menschen ausgehen.[1])

Anderer Ansicht ist Kober—Staudinger[2]) hauptsächlich aus praktischen Erwägungen heraus. Er führt folgende Beispiele an: Ich darf fremdes Vieh, das auf mein Grundstück geraten ist, nach § 859 I mit Gewalt vertreiben, selbst wenn es dort keinen Schaden anrichtet. Ich muss den Zaun ausreissen dürfen, den mein Nachbar, wenn auch gutgläubig, in meinen Besitzstand hineinreichend gesteckt hat. — In letzterem Falle bin ich zur Selbsthilfe nach § 859 I befugt. Hier liegt nämlich gar keine rein sachliche Störung vor. Mein Besitz ist gestört worden

[1]) Näheres über diese Lücke im Selbsthilferecht des Besitzers s. im § 14 dieser Arbeit.

[2]) Anmerkung zu 859 I, 1a.

durch das Hineinstecken des Zaunes durch meinen Nachbar, also durch eine Person. Diese Störung dauert so lange, als der störende Zustand, die störende Anlage besteht. Anders dagegen liegt der erste Fall, er stellt eine rein sachliche Störung dar, gegen die aus den oben angeführten Gründen Besitzselbsthilfe nicht möglich ist. Unter Umständen hilft hier § 228.

§ 6. Voraussetzungen der Notwehr.

Die der verbotenen Eigenmacht entsprechenden Voraussetzungen der allgemeinen Notwehr ergeben sich aus der Definition des § 227 II.

„Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren."

Die Notwehr ist also statthaft, wenn vorliegt „ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff". Diese Voraussetzung bedarf der näheren Erörterung.

Das Gesetz gibt keine nähere Definition des Angriffes. Er besteht in einem Tätigwerden, durch das der Handelnde in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Ein Angriff kann sowohl von einem Menschen, und zwar einem gesunden wie geisteskranken, als auch von einem Tiere ausgehen, nie aber von einer Sache. Ob allerdings alle diese Angriffe unter den § 227 fallen, ist eine andere Frage, auf die wir bei der Widerrechtlichkeit des Angriffes noch zurückkommen müssen. Es ist nicht nötig, dass der Angriff sich gegen eine bestimmte Person oder sonst ein bestimmtes Rechtsgut richtet.[1]) So liegt in jedem gemeingefährlichen Verbrechen ein Angriff auf alle gefährdeten Rechtsgüter. Der Angriff muss gegenwärtig sein, d. h. er muss schon begonnen haben, darf aber noch nicht zum Abschluss gebracht worden sein. Zum Beginn ist jedoch ebensowenig

[1]) Planck I Anmerk. zu § 227, 1 a.

eine bereits erfolgte Verletzung des angegriffenen Rechtsgutes erforderlich, als eine Verletzung stets einen abgeschlossenen Angriff bedeutet. Das Entscheidende ist vielmehr die Gefährdung. Erhebt der Räuber den Revolver, so ist mein Leben gefährdet, der Angriff hat begonnen. Hat er mir schon eine Wunde beigebracht, droht er mir aber noch weitere an, so ist der Angriff trotz der ersten Verletzung noch ein gegenwärtiger.

Rechtswidrig bedeutet im § 227 II „objektiv rechtswidrig". [1]) Es ist unerheblich, ob den Angreifenden ein Verschulden trifft. Rechtswidrig ist jeder Angriff, den sich der Angegriffene nicht gefallen zu lassen braucht. Daraus folgt, dass auch ein Geisteskranker oder ein Kind rechtswidrig angreifen können. [2]) Nicht denkbar ist es dagegen, dass von Tieren ein „rechtswidriger" Angriff ausgeht. Ein Tier kann ebensowenig rechtliche Pflichten haben, wie es Rechte haben kann. [3]) Es gibt folglich keine Notwehr gegen Tiere. Hier hilft der allerdings für den Angegriffenen weniger günstige § 228. Dagegen hat man eingewandt, es sei unbillig, gegen den Angriff eines Geisteskranken die Notwehr zuzulassen, dagegen bei einem Angriff von Tieren die Güterabwägung zu verlangen. Diesem Einwurfe ist eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen. Jedoch berechtigt das nicht, wie Oertmann richtig ausgeführt [4]) die Begriffe zu verändern. Es ist dies eben eine Unebenheit im Gesetze, die man dem Gesetzgeber zum Vorwurfe

---

[1]) So auch die herrschende Meinung: Matthiass S. 228, Crome § 122 Anm. 10, Enneccerus I § 22, 1 I, 2, Staudinger I, § 227 Anm. 2a, Oertmann I Anm. zu § 227 2 a j.

[2]) Anderer Ansicht Grossmann Diss. S. 83. Er verlangt (S. 85), dass der Notwehr übende vorher stets sich vergewissern soll, ob sein Angreifer ein geistig gesunder oder ein irrsinniger Mensch ist. Abgesehen davon, dass dies in den allermeisten Fällen der Angegriffene gar nicht feststellen kann, dürfte hierzu meistens die Zeit weder geeignet noch ausreichend sein. Grossmann gibt auch selbst zu (S. 86), dass man die Stellung dieser Frage nach unserm heutigen Rechte nicht verlangen kann.

[3]) Oertmann I Anm. zu 227, 2a.

[4]) a. a. O.

machen muss. Manche Schriftsteller[1]) sprechen zwar von einer Notwehr gegen Tiere, verstehen aber darunter den Fall, dass das Tier von einem Menschen als Mittel zu seinem Angriff benutzt wird. Ich hetze meinen Hund auf einen anderen; da ich der Angreifende bin, ist selbstverständlich ein Fall der Notwehr gegeben; der Angegriffene kann sich mit allen erforderlichen Mitteln des Tieres erwehren. M. E. ist es irreführend und sogar falsch hier von Notwehr gegen Tiere zu sprechen. Das Tier ist nur mein Werkzeug, genau wie der Knittel in meiner Hand, mit dem ich jemanden bedrohe. Ebensowenig, wie man in solchem Falle von einer Notwehr gegen den Knittel reden kann, liegt eben eine Notwehr gegen den Hund vor.

§ 7. Vergleich zwischen den Voraussetzungen der Besitznotwehr und der allgemeinen Notwehr.

Nachdem wir die einzelnen Vorausssetzungen etwas genauer präzisiert haben, können wir jetzt zu der im § 4 aufgeworfenen Frage Stellung nehmen, indem wir einen Vergleich zwischen den beiderseitigen Voraussetzungen anstellen. Da es sich um eng verwandte Rechtsinstitute handelt, — beide gehören zur Selbsthilfe im weiteren Sinne — finden sich naturgemäss manche Parallelen. Von diesen Aehnlichkeiten, die dem gleichen Wesen beider entspringen, soll hier nicht die Rede sein. Wir beschränken uns auf Aehnlichkeiten in solchen Punkten, die ihre Aehnlichkeiten nicht notwendigerweise in der Verwandtschaft finden.

Voraussetzung in beiden Fällen ist eine lediglich objektiv widerrechtliche Handlung, auf ein Verschulden des Angreifers kommt es nicht an. Die Beschränkung, die der Besitznotwehr durch die Worte auferlegt sind: „sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet"

[1]) z. B. Staudinger I Anm. zu § 227, 2a.

liegt für die allgemeine Notwehr in der geforderten Widerrechtlichkeit des Angriffs. Ist nämlich der Angriff vom Gesetz gestattet, z. B. nach § 904, so muss der Angegriffene sich den Angriff gefallen lassen, da er nicht wider das Recht ist. Ferner versagen beide gegenüber rein sachlichen Störungen. Dem Umstande, dass der Angriff bei der allgemeinen Notwehr sich gegen individuell bestimmte Rechtsgüter wenden kann, während die verbotene Eigenmacht sich stets gegen einen ganz bestimmten Besitz richten muss, da der Wille des — wenn auch unbekannten — Besitzers wesentlich von Bedeutung ist, dürfte man nicht zu den Verschiedenheiten zählen, die dazu berechtigen, im § 859 eine vollständig selbständige Gesetzesnorm zu finden. Sie erklärt sich eben daraus, dass § 227 alle möglichen Rechtsgüter, § 859 dagegen ein ganz bestimmtes — den Besitz schützt.

Es finden sich jedoch auch Verschiedenheiten in begrifflich wesentlichen Punkten. In der verbotenen Eigenmacht liegt nicht notwendigerweise ein Angriff. Verbotene Eigenmacht kann, wie eben bewiesen wurde, mit blossen Worten begangen werden. Ein Angriff verlangt dagegen stets ein aktives Eingreifen in einen Zustand,[1]) ein positives Tun;[2]) blosse Worte können zur Notwehr nicht berechtigen. Ferner liegt verbotene Eigenmacht auch dann noch vor, wenn die störende Handlung bereits beendet ist, der störende Zustand dagegen noch fortdauert, z. B. wenn in der Nacht an mein Haus ein Plakat angeklebt wurde. § 227 verlangt, dass der Angriff gegenwärtig ist.[3])

---

[1]) Staudinger I Anm. zu 227, 2 a.

[2]) Enneccerus I 1 Seite 569.

[3]) Kniep (Seite 314) stellt noch einen weiteren Unterschied auf. Nach ihm ist der Kreis der Personen, gegen die sich die Besitznotwehr richtet, weiter als der Kreis derjenigen, gegen die die allgemeine Notwehr statthaft ist. Er bezieht hierbei § 859 IV auch auf § 859 I. Dass dies aber nicht möglich ist, wurde oben in § 3 nachgewiesen. Dieser Unterschied besteht folglich nicht.

Folglich ist die verbotene Eigenmacht nicht notwendig ein gegenwärtiger Angriff, sie ist vielmehr ein eigener Begriff. Bevor wir alle Folgerungen betreffs des Verhältnisses von § 859 I zu § 227 aus diesem Ergebnis ziehen, gehen wir noch einen Schritt weiter und stellen die Mittel und Schranken der Besitznotwehr und der allgemeinen Notwehr gegenüber. Hier mag es vorläufig genügen, festzustellen, dass der Besitzer bezüglich der Voraussetzungen der Notwehr nach § 859 I besser gestellt ist als nach § 227.

§ 8. Vergleich zwischen den Mitteln und Grenzen der Besitznotwehr und der allgemeinen Notwehr.

Nach § 227 darf der Angegriffene alle Mittel anwenden, welche erforderlich sind, den Angriff abzuwenden. Entscheidend dafür, welche Gewaltmittel zulässig sind, ist also nicht der Wert des gefährdeten Gutes, sondern die Intensität des Angriffes. „Erforderlich" ist ein Mittel nur dann, wenn dem Angegriffenen kein anderes, den Angreifer weniger schädigendes Mittel zu Gebote steht.[1]) Dies entscheidet sich nach objektiven Gesichtspunkten. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines bestimmten Mittels müssen jedoch stets die näheren Umstände berücksichtigt werden. So ist nicht erforderlich, dass die Gefahr überhaupt auf keine andere Weise hätte beseitigt werden können. Es genügt, wenn man nach Lage des Falles das andere Mittel dem Angegriffenen billigerweise nicht zumuten konnte, z. B. schimpfliche Flucht.[2]) Innerhalb dieser gesetzlichen Schranken ist jedes Mittel erlaubt, sogar Tötung, wenn dies die einzige Möglichkeit ist, den Angriff abzuwehren. Gegen diese Folgen richtet sich Goldmann-Liliental.[3]) Er führt dabei aus: „Doch wird dabei auf eine

[1]) Enneccerus I 1 S. 571.
[2]) Enneccerus I 1 S. 571.
[3]) I S. 278, 279. Anm. 12.

allzugrosse, rücksichtslose Auwendung des Notwehrrechtes die Vorschrift des § 826 anzuwenden sein. Wenn ein Millionär jemanden, der ihm einige Stücke Holz oder einige Kartoffeln entwenden will, vorsätzlich schwer verwundet, so handelt er zweifellos gegen die guten Sitten, die ihm verbieten, zur Abwendung eines für ihn gänzlich unbedeutenden Verlustes sein Notwehrrecht in der angedeuteten Weise auszuüben.“ Dem kann ich nicht zustimmen. Es versteht sich, dass der Millionär nur dann den Angreifer körperlich schwer verletzen darf, wenn dies das den Angreifer am wenigsten schädigende Mittel war unter all denjenigen, die geeignet waren, den Angriff abzuwehren. Der Angriff muss also ausserordentlich hartnäckig gewesen sein. Unter diesen Voraussetzungen übt der Millionär Notwehr. Es ist durchaus unzulässig, und bedeutet ein Verwischen des Notwehrbegriffes, wenn man in ihn die Güterabwägung hereinbringt, wie Goldmann-Lilienthal es tut. Zunächst verstösst es gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Ferner ist wirklich nicht ersichtlich, weshalb es gegen die guten Sitten verstossen soll, wenn der Millionär einen Angriff von seinem Eigentum abwehrt. Das Mass der zulässigen Verteidigung hängt ja ganz vom Angreifer ab. Wenn er durchaus nicht von seinem unrechtmässigen Beginnen ablassen will, hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er schwer körperlich verletzt wird. Der Millionär hat das gleiche Recht, sein grosses Vermögen zu schützen, der kleine Mann sein bischen Hab und Gut. Die Schranke, die Goldmann-Lilienthal bezüglich der Mittel aufstellt, besteht also nicht.

Ueberschreitet man die Grenze des zulässigen Mittels, sei es, dass man in der Bestürzung den Angriff für heftiger hält, als er in Wirklichkeit ist (Notwehrexzess) oder irrtümlich annimmt, es liege ein rechtswidriger Angriff vor, während überhaupt kein Angriff gemacht wird (Putativnotwehr), so ist die Verteidigung rechtswidrig und verpflichtet bei Fahrlässigkeit zum Schadenersatz nach § 823.

In § 859 werden weder die zulässigen Mittel noch die Grenzen ihrer Anwendbarkeit angegeben. Daraus jedoch zu folgern, dass stets alle Mittel vom Gesetz zugelassen seien, wäre irrig. Einmal liegt schon in dem „sich erwehren" eine gleiche Beschränkung, wie wir sie eben für die allgemeine Notwehr festgestellt haben; dann versteht sich eine solche Beschränkung auch ganz von selbst.[1]) Was die Mittel und deren Grenzen anbetrifft, so stehen sich also Besitznotwehr und allgemeine Notwehr gleich. Eine weitere, für beide geltende Schranke liegt darin, dass der Angegriffene sich nur „verteidigen", der Besitzer sich nur „erwehren" darf. Stets ist nur Abwehr, nicht Vergeltung des bereits zugefügten Unrechts statthaft.

In einem Punkte sind jedoch der Besitznotwehr engere Grenzen gezogen. Sie kann nur von dem im Besitz Gestörten, nicht auch von einem anderen ausgeübt werden. Bei der allgemeinen Notwehr braucht dagegen der Angegriffene und der Verteidiger nicht die gleiche Person zu sein, ich kann „von mir oder einem anderen" einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abwehren.

Danach sind die Voraussetzungen der Besitznotwehr weiter als die der allgemeinen Notwehr, die Mittel sind die gleichen, die Grenzen sind in einem Punkte enger. Hierbei muss jedoch betont werden, dass, wenn sich auch beide Rechtsinstitute in vielen Punkten, z. B. vollständig bezüglich der Mittel, decken, daraus dennoch nicht gefolgert werden kann, § 859 I sei eine lex specialis des § 227. Denn § 859 I entlehnt diese Punkte keineswegs von § 227, sondern trägt sie vollständig selbständig in sich. Die Gleichheiten sind Ausfluss derselben Rechtsgedanken, eine Folge der Verwandtschaft beider Paragraphen. § 859 ist also weder überflüssig noch eine lex specialis vom § 227, sondern vollständig selbständig.

---

[1]) So Staudinger III Anm. zu § 859 I 2.

II. Teil

Verhältnis zwischen § 859 II, III und §§ 229 ff.

§ 9. Stellung des § 859 II, III, zu § 229 ff.

Wie in § 3 nachgewiesen wurde, entspricht § 859 II und III als Selbsthilfe des Besitzers der allgemeinen Selbsthilfe der §§ 229 ff. Ganz ähnliche Fragen tauchen hier auf wie im vorhergehenden Teile, jedoch mit dem Unterschiede, dass die Notwendigkeit des § 859 II und III nicht in Frage gezogen werden kann. Es bleibt die Streitfrage, ob § 859 II und III eine lex specialis zu § 229 ff. oder ein vollständig selbständiges Gesetz sei. Die Entscheidung dieser Frage hat folgende Bedeutung. Ist die Besitznotwehr nur ein besonderer Fall von § 229 ff., so finden die §§ 230, 231 auch auf sie Anwendung. Ist dagegen § 859 II und III eine vollständige, in sich geschlossene lex mit ihren eigenen Voraussetzungen, so finden die allgemeinen Vorschriften, z. B. Beantragung des dringlichen Arrestes bei der Wegnahme von Sachen, auf die Besitzselbsthilfe keine Anwendung.

Nach der in der Literatur herrschenden Meinung[1]) ist das Letztere zutreffend. Dies dürfte die rechte Lösung sein. Ebenso wie § 859 I unabhängig ist von § 227, steht § 859 II, III selbständig neben § 229 ff. Wollte man den Besitzer an die engen Grenzen binden, die § 230 aufstellt, so würde der ganze Besitzschutz illusorisch, der Besitzer

[1]) Becker (Jahrbücher Bd. 34) Seite 12 bezeichnet das Besitzselbsthilferecht als ein singuläres, auf den Besitzer zu beschränkendes Recht. Anderer Meinung Niemeier Diss. Seite 53 und 69, Künkler Seite 5 ff., Schmelzer Seite 5 ff.

wäre kaum besser gestellt wie jeder andere, der Selbsthilfe ausübt. Das ist aber doch gerade, wie oben[1]) dargetan wurde, der Zweck der Besitzselbsthilfe: möglichst weitgehender Schutz des leicht verletzbaren Besitzes. Wollte man den Besitzer zwingen, gemäss § 230 II nach getätigter Selbsthilfe den dinglichen Arrest zu beantragen, so käme man zu dem höchst komischen Ergebnis, dass der Besitzer, der sich den Besitz der ihm widerrechtlich entzogenen Sachen mittels Selbsthilfe wiederverschafft hätte, die Hilfe des Gerichtes anrufen müsste, um seine eigenen Sachen behalten zu dürfen.

Ein Bedürfnis, die im § 230 bestimmten Beschränkungen auch auf § 859 II und III auszudehnen, besteht keineswegs. Man hat eingewendet, wenn § 230 I für den Besitzer nicht gelte, brauche dieser nicht das zur Abwehr erforderliche Mass von Gewalt zu beobachten.

Die Haltlosigkeit dieses Einwurfes wird noch genauer im § 10 dargetan werden. Hier möge eine kurze Erwägung genügen. Dass die Gewalt „erforderlich" sein muss, versteht sich eigentlich auch ohne § 230 I von selbst. Der Besitzer ist im Falle des § 859 II, III ebenso wie in § 859 I gehalten, nicht über das „erforderliche Mass" hinaus zu gehen. Wer etwas ängstlicher ist, kann mit Hilfe der Analogie die Vorschrift über die „erforderliche" Gewalt des § 230 I auch für den Besitzer gewinnen.

Wie aus den Protokollen[2]) deutlich hervorgeht, ist § 231 nur auf die Fälle zu beschränken, die unmittelbar unter die allgemeine Selbsthilfe fallen. Da § 231 eine Ausnahmeregel darstellt, kann er auch nicht analog auf

---

[1]) Siehe § 2 Anmerkung 2.

[2]) I S. 479—492. „Doch soll der Grundsatz, dass eine aus entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehaltene Handlung zum Schadenersatz verpflichtet, nicht präjudiziert werden, vielmehr eine Spezialbestimmung geschaffen werden, welche in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung eine analoge Anwendung auf verwandte Fälle nicht zulässt." Siehe ferner Dernburg III S. 81.

die Besitzselbsthilfe angewendet werden. Nimmt der Besitzer also irriger Weise das Vorliegen der Voraussetzungen der Besitzselbsthilfe an, so ist er nach den allgemeinen Vorschriften nur dann zum Schadenersatze verpflichtet, wenn dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte.

§ 10. Vergleich zwischen den Voraussetzungen der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe.

Um nun im einzelnen das Verhältnis der Selbsthilfe des Besitzers zur allgemeinen Selbsthilfe zu untersuchen, müssen wir zunächst die Voraussetzungen in beiden Fällen gegenüberstellen. Vorbedingung der Besitzselbsthilfe ist naturgemäss der Besitz. Auf die Streitfrage, welche Rolle der Wille beim Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches spielt, ob er garnicht in Betracht kommt, oder ob er nur bezüglich der „tatsächlichen Gewalt" eine Rolle spielt, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Denn die Vertreter beider Richtungen gewähren den Besitzschutz und damit die Besitzselbsthilfe in gleichem Umfange und in den gleichen Fällen. Von Wichtigkeit ist es dagegen, festzustellen, welche Art von Besitz zur Selbsthilfe berechtigt, ob nur der unmittelbare oder auch der mittelbare. Zweifellos ist der unmittelbare Besitzer befugt, gegen verbotene Eigenmacht zur Selbsthilfe zu schreiten. Sehr bestritten ist es dagegen, ob dazu auch der mittelbare Besitzer befugt ist. Dafür spricht sich besonders Eck[1]) aus. Ihm erscheinen die Konsequenzen, die sich ergäben, wenn man dem mittelbaren Besitzer die Selbsthilfe versagte, sehr bedenklich. Als Beispiel hierfür führt er an: der Vermieter, der erfährt, dass der Mieter durch die Wände Türen bricht, darf dann nicht nach den Regeln

[1]) Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches von Eck. Herausgeg. von Leonhard. Bd. II S. 33.

der Besitzselbsthilfe einschreiten, ja er kann den Mieter nicht einmal nach Ablauf der Mietszeit zum Auszuge nötigen. Ferner hätte der mittelbare Besitzer dritten Personen gegenüber kein Selbsthilferecht, wenn man bei der engen Auffassung bliebe. So sei es doch sehr unbillig, dass ein Pferdeverleiher, dessen Pferd dem Entleiher von einem Strolche entwendet worden ist, dasselbe nicht wegnehmen dürfe, da er nur mittelbarer Besitzer sei. Ehe wir auf diese Bedenken eingehen, müssen wir das Gesetz genau prüfen.

Im § 869 wird ausdrücklich bestimmt, dass die Klagen aus §§ 861/862 auch dem mittelbaren Besitzer zustehen, wenn gegen den unmittelbaren Besitzer in verbotener Eigenmacht gehandelt wird. Von einer Ausdehnung des Selbsthilferechtes des § 859 auf den mittelbaren Besitzer ist in § 869 mit keinem Worte die Rede. Daraus folgt, dass dem mittelbaren Besitzer der Selbsthilfeschutz versagt werden soll. Es wäre völlig willkürlich im § 859 unter Besitz unmittelbaren wie mittelbaren Besitz zu verstehen. Dann müssten wir genau so beide Arten unter dem Besitz im § 861 862 verstehen. Dass er hier nicht so aufgefasst werden darf, folgt aus der speziellen Regelung, die das Klagerecht des mittelbaren Besitzers im § 869 gefunden hat.

Wie aus den Protokollen und Motiven[1]) hervorgeht, war dies auch die Absicht des Gesetzgebers. Dem hat sich die herrschende Meinung angeschlossen.[2]) Die Ansicht Ecks ist dem Gesetze gegenüber nicht zu halten. So misslich in den von ihm angeführten Beispielen auch die Lage des Vermieters sein mag, mit § 859 kann ihm nicht geholfen werden. Das letzte Beispiel mit dem Verleiher dürfte aber, selbst wenn man mit Eck dem unmittelbaren Besitzer die Selbsthilfe nach § 859 zusteht, nicht mit § 859 zu lösen sein. Denn er trifft weder den Strolch auf frischer

[1]) III S. 40 ff. Motive II S. 114.

[2]) Biermann, Anm. zu § 869 2, Dernburg III S. 84.

Tat an, noch hat er ihn unmittelbar verfolgt. Dagegen dürfte § 229 genügenden Schutz in einem solchen Falle bieten.

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, so liegen alle Voraussetzungen der Besitzselbsthilfe vor. Auf den Begriff der verbotenen Eigenmacht brauchen wir hier nicht mehr einzugehen, es genüge die Verweisung auf § 5.

Bei der allgemeinen Selbsthilfe ist die Zahl der Rechtsgüter, die durch sie geschützt werden können, naturgemäss viel weiter. Während für § 859 II und III Besitz vorliegen muss, genügt bei der allgemeinen Selbsthilfe als entsprechende Voraussetzung irgend ein Anspruch, gleichgültig, ob er einem absoluten[1]), einem dinglichen oder obligatorischen Rechte entspringt. Der Anspruch braucht nicht einmal unbedingt unbefristet zu sein.[2]) Dazu berechtigt wohl die Analogie zu § 916 ZPO. Diese Auslegung entspricht einem praktischen Bedürfnis. Sie muss als recht und billig bezeichnet werden, wenn man bedenkt, wie Titze ausführt,[3]) dass gerade die Verwirklichung solcher Ansprüche besonders leicht vereitelt oder erschwert werden kann. Die noch nicht fälligen Ansprüche müssen jedoch bereits einen gewissen, gegenwärtigen Vermögenswert haben (cfr. ZPO. § 916 II), insbesondere darf der Eintritt der Bedingung nicht unwahrscheinlich sein. Auch verjährte Ansprüche können nach richtiger Meinung im Wege der Selbsthilfe solange geltend gemacht werden, als der Schuldner sich nicht auf die Verjährung beruft. Denn die Verjährung hat ja nicht die Wirkung, dass der Anspruch getilgt werde; der Anspruch bleibt bestehen; kraft des Zeitablaufs entsteht nur für den Schuldner ein als Einrede geltend zu machendes Gegenrecht, die Leistung dauernd

[1]) Ob auch die Ansprüche aus den Persönlichkeitsrechten (die Rechte auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre) hierher zu rechnen sind, wird bestritten. Die herrschende Meinung ist dafür.

[2]) Matthiass S. 16 Oertmann I S. 670.

[3]) S. 122.

zu verweigern. Die Zulässigkeit der Selbsthilfe beschränkt sich auf solche Ansprüche, die auch gerichtlich geltend gemacht werden können.[1]) Denn die Selbsthilfe tritt nur aushilfsweise an Stelle der nicht zu erlangenden obrigkeitlichen Hilfe. Forderungen aus Spiel und Wette lassen also keine Selbsthilfe zu.

Die allgemeine Selbsthilfe steht also auf einer viel breiteren Basis wie die Besitzselbsthilfe. Dies ist aber keine auffallende Besonderheit, sie liegt in der Natur der Selbsthilfe als allgemeine Selbsthilfe begründet. Ganz anders steht es dagegen mit einer weiteren Voraussetzung der Selbsthilfe nach § 229: sie ist nur zulässig, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Das Gesetz sagt mit Absicht: „obrigkeitliche Hilfe" und nicht gerichtliche Hilfe, weil unter diesen Begriff auch noch die Hilfe der Polizei und der Verwaltung fällt.[2]) Jedoch genügt die Möglichkeit der Zuhilfenahme eines Beamten noch nicht ohne weiteres, die Selbsthilfe auszuschliessen, sondern die Beschreitung des ordentlichen Verfahrens oder die Erwirkung eines Arrestbefehls müssen zur Zeit unmöglich sein. „Die Möglichkeit, Polizei oder Verwaltungsbeamte heranzuziehen, schliesst die Selbsthilfe nur dann aus, wenn diese Beamten nach Landesgesetz zuständig sind, Arrest zu verhängen oder vorhandene gerichtliche Titel zu vollstrecken.[3]) Ob diese Hilfe noch „rechtzeitig" erlangt werden kann, lässt sich nicht auf eine allgemeine Formel bringen, das ist Tatfrage und im einzelnen Falle nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden. Die Unerreichbarkeit obrigkeitlicher Hilfe liegt nicht nur dann vor, wenn sie räumlich entfernt ist, sondern auch dann, wenn die anwesende obrigkeitliche Person sich weigert, einzugreifen. Durch das Erfordernis des Fehlens obrigkeitlicher Hilfe wird die allgemeine Selbsthilfe sehr

[1]) Ebenso Riso S. 47.

[2]) Enneccerus I S. 233 II 3. Matthiass § 68.

[3]) Neumann Anm. zu § 229, 1 c.

eingeschränkt, sie ist nur subsidiär zulässig. Eine entsprechende einschränkende Bestimmung fehlt bei der Besitzselbsthilfe vollständig. Der Besitzer kann auch dann eigenmächtig seinen Besitz wiederzuerlangen suchen, wenn ihm obrigkeitliche Hilfe direkt zu Gebote steht. Ferner kann er frei wählen zwischen dem Selbsthilferecht und dem Klagerecht aus §§ 861, 862.

Der Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht entspricht als letzte Voraussetzung bei der allgemeinen Selbsthilfe die Gefahr, dass die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert ist. Der rechtmässige Besitzer muss seines Besitzes durch verbotene Eigenmacht entsetzt worden sein. Bei der allgemeinen Selbsthilfe genügt dagegen schon die Gefährdung des Anspruches, sei es, dass er unterzugehen droht, oder seine Verwirklichung wesentlich erschwert wird. Es braucht keineswegs sicher zu sein, dass der Anspruch vereitelt wird, es genügt die ernsthafte Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit. Durch Analogieschluss von § 917 II ZPO. wird man folgern dürfen, dass die Gefahr der Erschwerung auch dann vorliegt, wenn Grund zu der Befürchtung gegeben ist, dass eine Vollstreckung im Auslande vorliegen muss.[1]) Nicht genügt dagegen die schlechte Vermögenslage des Schuldners, selbst dann nicht, wenn sie erst nach der Entstehung der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt wird. Ebensowenig dürfen die guten Vermögensverhältnisse des Schulders massgebend sein, denn sonst wäre ja Selbsthilfe gegen einen Reichen nie oder nur sehr selten möglich. Die Streitfrage, ob Gefährdung im Sinne des § 229 vorliegt, wenn zwar die geschuldete Leistung nicht mehr, dagegen zweifellos Schadenersatz zu erlangen ist, wird wohl zu bejahen sein; denn der Schadenersatz ist nicht das Regelmässige, er stellt nur einen Notbehelf dar. Der Gläubiger hat oft ein grosses Interesse gerade an der wirklich geschuldeten Leistung.

[1]) Titze Seite 123, 124.

Schlussfolgerung aus den bisherigen Ausführungen: die Voraussetzungen sind bald auf dieser Seite enger, bald auf jener. Jedoch ist die Stellung des Besitzers nach § 859 II und III entschieden besser, als sie nach § 229 sein würde. Sein Selbsthilferecht wird nicht von dem Fehlen obrigkeitlicher Hilfe abhängig gemacht.

§ 11. Vergleich der Mittel der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe.

Die gleiche Beobachtung können wir bezüglich der Mittel machen, die dem Selbsthilfeberechtigten zu Gebote stehen, je nachdem er Besitzer ist oder nicht: Auch in diesem Punkte ist der Besitzer besser gestellt. Er darf die Sache bezw. das Grundstück, dessen Besitz ihm durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, dem Entzieher wegnehmen, und zwar „mit Gewalt". Der Umfang dieser Gewalt wird vom Gesetze in keiner Weise bestimmt. Vielfach geht man in der Literatur bei ihrer Abgrenzung sehr ängstlich vor, indem man sich an die Protokolle anschliesst.[1]) Dort heisst es: „Das Selbsthilferecht, welches der § 815[2]) über die allgemeinen Grundsätze hinaus gewährt, ist ein anormaler Rechtsbehelf. Durch Annahme desselben setzt man sich gewissermassen in Widerspruch mit dem Grundgedanken, auf welchem der Besitzschutz beruht. Dieser bezweckt in erster Linie, den Rechtsfrieden zu bewahren, während das Selbsthilferecht des § 815 in gewissem Sinne das Faustrecht gesetzlich sanktioniert, das den Rechtsfrieden eventuell in erheblicher Weise gefähren kann." Das sind Erwägungen, die nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden können. Auf den entgegengesetzten Standpunkt stellt sich Endemann[3]): „Was Gewalt zerstört, muss Gewalt wieder aufrichten dürfen; wer den Rechtsfrieden

[1]) Protokoll III. S. 39.

[2]) Jetzt § 859 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

[3]) Bd. II S. 233.

bricht, kann ihn für sich nicht beanspruchen; das ist eine Forderung des gerechten Ausgleichs der beiderseitigen Rechtslagen." Das Richtige dürfte wohl in der Mitte liegen: man darf nicht zu ängstlich vorgehen, andererseits aber auch nicht dem Besitzer ohne weiteres jede Gewalt gestatten, um seine Sachen zurückzuerlangen. Was das Letztere betrifft, so darf man aus dem Umstande, dass das Gesetz keine Schranke zieht, keineswegs folgern, dass solche überhaupt nicht beständen.[1]) Die Gewalt muss erforderlich sein, um den Selbsthilfezweck zu erreichen,[2]) d. h. also, das Mass ihrer Zulässigkeit richtet sich nach der Heftigkeit des Widerstandes, den der Entzieher leistet. Der Besitzer kann sogar den Entzieher töten, wenn das die einzige Möglichkeit ist, seine Sachen wiederzuerlangen. Aus den gleichen Erwägungen, die im § 7 gemacht wurden, ist es unzulässig, das Moment der Güterabwägung bei der Abgrenzung der „erforderlichen" Gewalt zu berücksichtigen.

Es versteht sich ferner von selbst, dass der Besitzer auch in das Haus des Täters eindringen darf, wenn es „erforderlich" ist. Dernburg[3]) warnt allerdings davor und bezeichnet es als ein bedenkliches Beginnen, welches die Gefahr mit sich führe, in den Schlingen des Strafgesetzbuches hängen zu bleiben." Wie aus den Protokollen hervorgeht, war man in der Kommission der Meinung, die Vorschrift sei in dem Sinne zu verstehen, dass der Verfolger auch nicht vor der Wohnung des Verfolgten Halt zu machen braucht. Inhaltlich nicht gerechtfertigt ist es, wenn Becker[4]) verlangt, dass der Verfolger gleichzeitig in die Wohnung eindringen müsse. Wenn die weiter unten zu besprechende Kontinuität der einzelnen Verfolgungshandlungen sowohl untereinander als auch mit der Störung aufrechterhalten ist, darf er auch nachträglich mit Gewalt in das Haus eindringen. Die Gewalt muss unmittelbar

[1]) Die gleichen Erwägungen siehe bei der Besitznotwehr § 7.
[2]) Ebenso Riso S. 28.
[3]) Band III S. 82.
[4]) Iherings Jahrbücher Band 34 S. 12.

auf die Erlangung der Sache gerichtet sein, jede nur indirekte Gewalt ist unzulässig. Damit soll nicht gesagt sein, dass jede Gewalt gegen die Person des Diebes unerlaubt sei; sie ist nicht nur sehr wohl möglich, sondern wird sogar in der Praxis den Regelfall bilden. Der Dieb, Räuber usw. wird sich nämlich dem direkt auf die Sache zwecks Wiedererlangung gerichteten Gewaltakt widersetzen, sodass jetzt die Gewalt auch gegen seine Person zulässig ist. Verboten ist also nur, unmittelbar gegen die Person des Störers vorzugehen, z. B., um von ihm Sicherheit oder Ersatz zu verlangen für die nicht mehr vorhandene entwendete Sache. § 859 versagt hier. Dagegen kann der Besitzer, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen, nach § 229 den Dieb festhalten und so doch auch mittelbar mit Gewalt gegen ihn vorgehen.

Gewalt darf der ursprüngliche Besitzer zunächst gegen den Entzieher selbst anwenden. Die gleiche Stellung ihm gegenüber nehmen aber ferner der Erbe des Täters ein und sein Nachfolger im Besitz, sofern dieselben die Fehlerhaftigkeit des Besitzes kannten (§ 859 IV). Das Gesetz verlangt ausdrücklich „kennen", blosse Fahrlässigkeit, „kennen müssen", genügt aber nicht. Der Fall der Erbfolge ist praktisch von sehr geringer Bedeutung. So sagt denn auch Becker[1]): „Es ist schwer, ein Bild zu gewinnen von der Geltendmachung dieser Rechte; wie kann der Besitzer sich mit Gewalt erwehren der Eigenmacht nicht wider den eigenmächtig Handelnden, sondern wider die Erben und Singularsukzessor desselben, wie wenn der Täter ihm die bewegliche Sache weggenommen hat, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Erben die Sache wieder abnehmen?" Es kann sich, wie hieraus ersichtlich, nur um Ausnahmefälle handeln. Solche sind aber doch denkbar. Es ist ja nicht erforderlich, dass die sofort nach der Entziehung einsetzende versuchte Wiederverschaffung sogleich Erfolg hat. Der Versuch kann beliebig

[1]) Iherings Jahrbücher Bd. 34 S. 13.

oft wiederholt werden und fällt immer noch unter § 859 II und III, wenn die Kontinuität der einzelnen Versuche gewahrt ist.

Die Mittel der allgemeinen Selbsthilfe sind im Gesetze genau festgelegt. Zunächst darf der Berechtigte „zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache „wegnehmen, zerstören, oder beschädigen". Da alle nur denkbaren Fälle der Selbsthilfe gegenüber der Sache aufgezählt sind, ist der nach allgemeinen Grundsätzen zur Selbsthilfe Berechtigte ebenso gestellt, wie der Besitzer, mit dem Unterschiede allerdings, dass die allgemeine Selbsthilfe sich keineswegs auf die Sache zu erstrecken braucht, auf die sich der Anspruch richtet. Sie kann sehr wohl auch auf andere Sachen gehen, die zur Sicherung des Anspruches dienen sollen. In Anlehnung an die ZPO. wird man verlangen müssen, dass sich die Wegnahme nur auf pfändbare Sachen erstrecken darf, es sei denn, dass der Anspruch gerade auf eine unpfändbare Sache gerichtet ist.[1]) Die Beschädigung und Zerstörung ist an diese Einschränkung nicht geknüpft. Enge und feste Schranken sind dagegen bei der Selbsthilfe gegen Personen gezogen im Gegensatz zur Besitzselbsthilfe, wo auch die Selbsthilfe gegen Personen in sehr weitem Umfange zugelassen ist. Bei der allgemeinen Selbsthilfe sind dem Berechtigten zwei Mittel an die Hand gegeben: 1. er darf den Verpflichteten festnehmen, 2. er darf den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, brechen. Zu diesem Zwecke darf er Gewalt anwenden, und zwar nicht nur gegen die Person des Verpflichteten, sondern auch gegen die in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen, um so einen indirekten Zwang auszuüben.[2])

Diese unmittelbare Selbsthilfe gegen Personen kennt der § 859 nicht. Bei einem Vergleich kann man daraus jedoch nicht folgern, der Besitzer sei schlechter gestellt,

[1]) Planck Anm. zu § 229, 3 a.

[2]) Staudinger I Anm. zu § 229, 5 c.

da durch § 859 nur der Besitz geschützt wird und folglich eine unmittelbare Selbsthilfe gegen Personen garnicht in Frage kommen kann. Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, sind dem Besitzer teils Schranken gezogen — er darf nur die entzogene Sache selbst wegnehmen — teils ist er besser gestellt: er darf stets jede erforderliche Gewalt anwenden. Wiegt man beides gegeneinander auf, so dürfte man zu dem Ergebnis kommen, dass die Stellung des Besitzers günstiger ist.

§ 12. Vergleich der Schranken der Selbsthilfe des Besitzers und der allgemeinen Selbsthilfe.

Von grosser Wichtigkeit ist es jetzt, zu prüfen, innerhalb welcher Schranken die oben beschriebenen Mittel angewandt werden dürfen. Denn eine über die im Gesetz fixierten Grenzen hinausgehende Selbsthilfehandlung fällt nicht mehr unter die gesetzlich privilegierte Selbsthilfe und ist somit widerrechtlich.

Dem Besitzer ist bei seinen Selbsthilfemitteln ein grosser Spielraum gelassen: jedes Mittel, das erforderlich ist, ihm den entzogenen Besitz wieder zu verschaffen, ist erlaubt. Dementsprechend sind ihm auf der anderen Seite enge zeitliche Schranken gesetzt. Im folgenden sind anschliessend an die Scheidung des Gesetzbuches zwei Fälle zu unterscheiden: 1. die Entziehung des Besitzes an beweglichen Sachen (§ 859 II), 2. die Entziehung des Besitzes an Grundstücken. Das BGB. knüpft an ein Institut des alten deutschen Rechtes, an das Recht der Nachteile an. Dem Entzieher darf die Sache nur abgenommen werden, wenn er auf frischer Tat ertappt oder sofort verfolgt wird. Wie lange kann man sagen, dass die Verfolgung eine sofortige ist? Nach Crome[1]) wird das Selbsthilferecht sofort ausgeübt, wenn es gewisser-

[1]) III § 352 A c.

massen als Fortsetzung des Kampfes bezw. der vom Entzieher geübten Tätigkeit erscheint. Die Entziehung muss also unmittelbar nach der Verübung entdeckt werden, sonst ist sie unmöglich; denn dann hat sich der Besitz des Entziehers gleichsam schon gefestigt. Das Gesetz sagt ausdrücklich „sofort", d. h. objektiv sich unmittelbar an das Vorhergehende anschliessend, nicht unverzüglich, gleich ohne schuldhaftes Zögern. Nicht erforderlich ist, dass die Selbsthilfehandlung sogleich Erfolg hat, ja, es ist nicht einmal nötig, dass der Gegengewaltakt selbst sogleich begonnen wird; es genügt, dass die Vorbereitungshandlungen auf der Stelle in Angriff genommen werden.[1]) Es kommt darauf an, dass die Verfolgung sich zusammensetzt aus einer ununterbrochenen Kette von Handlungen, die alle auf dasselbe Ziel, auf die Wiedererlangung des Besitzes gerichtet sind.[2]) Die Verfolgung kann also Stunden, selbst Tage lang dauern, irgend welche Grenzen sind hier nicht gesetzt. In der Praxis sind sie wohl auch zu entbehren. Es wird sich kaum ein Fall denken lassen, in dem jemand den Täter Monate oder sogar Jahre lang verfolgt. Aus den Worten „o d e r" verfolgten Täter ergibt sich, dass der Täter nicht gerade bei der Wegnahme betroffen zu werden braucht, es genügt, wenn unmittelbar die Verfolgung desTäters aufgenommen wird. Der zwischen der Tat und der Aufnahme der Verfolgung liegende, immerhin kurze Zeitraum wird also nicht berücksichtigt. So darf ich z. B. noch Selbsthilfe üben, wenn ich sehe, wie in einiger Entfernung auf der Strasse ein Mann mit meinem Wagen davonfährt, wenn ich ihn sofort verfolge.

Recht schwierig ist es, den Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an die Verfolgung nicht mehr unmittelbar ist. Nach Endemann[3]) soll das Selbsthilferecht dann aufhören, wenn die Spur verloren gegangen und ein Zustand der Besitzruhe eingetreten ist. Dass diese Auslegung aber

[1]) Crome III § 351 A 16.
[2]) Niemeyer I, 65.
[3]) II Seite 235.

zu eng ist, zeigt Schmelzer[1]) durch folgendes Beispiel: Es gelingt dem auf frischer Tat betroffenen Diebe, obwohl ihn der Bestohlene ununterbrochen verfolgt, den Bahnhof zu erreichen und abzufahren, ohne dass jener erfährt, nach welcher Richtung. Damit ist die Spur, wenigstens vorläufig verloren und ein Zustand der Besitzruhe eingetreten. In der ausdrücklichen Absicht, den Dieb zu verfolgen, reitet der Verfolger auf gut Glück sofort in die nächste Stadt und trifft da auch wirklich den Gesuchten. Nach Endemann darf er jetzt nicht mehr seine Sachen mit Gewalt an sich nehmen. Nach richtiger Meinung dürfte ihm auch jetzt noch das Selbsthilferecht aus § 859 II zustehen. Denn des Selbsthilferecht steht hier doch in einem solchen Zusammenhange mit der Tat, dass man den Gewaltakt noch als eine Fortsetzung des Diebstahls bezeichnen kann.

In derselben Weise ist das Selbsthilferecht bei Entziehung von Grundstücken zeitlich sehr eingeschränkt. Die Selbsthilfe muss sofort nach der Besitzentziehung einsetzen. Das „sofort nach der Entziehung" ist sachlich genau das gleiche wie „den auf frischer Tat getroffenen oder verfolgten" Täter, so dass auf die obige Ausführung hier Bezug genommen werden kann. Es sei nur noch erwähnt, dass sich die Besitzentziehung nicht auf das ganze Grundstück zu erstrecken braucht. Auch wenn dem Besitzer nur ein Teil, z. B. einige Wohnräume, eine Etage entzogen wird, so hat er die Rechte des § 859 III.[2])

Sehr interessant ist die Frage, ob und inwieweit die Besitzselbsthilfe zeitlich ausgedehnt wird durch § 861 II. Der gerichtliche Besitzschutz wird dort versagt, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen

[1]) Diss. S. 44.

[2]) So auch die herrschende Meinung. S. Endemann II S. 175. Biermann § 859 Anm. 3 b. Andere sehen in der teilweisen Entziehung eine Störung des Besitzes am Ganzen und billigen demgemäss Notwehr nach § 859 I zu. Oben wurde jedoch gezeigt, dass von einer Störung dann nicht mehr die Rede sein kann, wenn der Gegner für sich Besitz erworben hat, sei es nun Voll- oder Teilbesitz.

Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist. Daraus folgert Becker[1]) für Grundstücke, dass der gewesene Besitzer innerhalb Jahresfrist denjenigen vom Grundstück wieder vertreiben darf, dessen Besitz ihm gegenüber fehlerhaft ist. Der jetzige Besitzer dürfe sich zwar trotz der Fehlerhaftigkeit seines Besitzes verteidigen. Unterliege er aber bei dieser Verteidigung, so sei er ohne Klage. Dieses Recht des rechtmässigen Besitzers erlösche erst in einem Jahre. In gleicher Weise folgert er für bewegliche Sachen:[2]) Eine Sache, die mir geraubt, gestohlen, gegen meinen Willen mitgenommen wurde, kann ich dem Räuber, Mitnehmer wieder entreissen, bezw. dahin zielende Versuche machen, solange das in § 861 II bestimmte Jahr noch nicht abgelaufen ist. Becker bezeichnet dieses Recht als Angriffsrecht des Besitzers im Gegensatz zum Verteidigungsrecht, unter das er sowohl die Notwehr nach § 859 I, als auch die Selbsthilfe nach § 859 II/III zusammenfasst. Meines Erachtens kommt dem § 861 II diese Bedeutung gar nicht zu: wie an anderer Stelle[3]) eingehend dargetan wurde, sehe ich in § 859 II/III das Selbsthilferecht des Besitzers erschöpfend behandelt. Nur die Handlung, die in diesem Rahmen, besonders innerhalb der dort aufgestellten engen zeitlichen Schranken vorgenommen wird, ist zivil- wie strafrechtlich nicht widerrechtlich. Das gilt aber nicht von den Handlungen, mit denen innerhalb Jahresfrist der entsetzte Besitzer sich den Besitz wieder zu verschaffen sucht. An und für sich ist die Handlung widerrechtlich, weil sie eben nicht unter § 859 II III fällt. Da es aber unbillig sein würde, wenn der wieder entsetzte fehlerhafte Besitzer gegen den ursprünglichen Besitzer auf Einräumung des ihm garnicht zustehenden Besitzes klagen könnte, ist ihm die Klage im Abs. 2 für den Fall entzogen, dass der zuerst entsetzte Besitzer seinen Besitz innerhalb eines Jahres durch Gewalt zurückerlangt.

[1]) Iherings Jahrbuch Bd. XXXIV S. 318. [2]) ebenda S. 321.
[3]) § 3.

Trotzdem bleibt die Wiedererlangungshandlung des entsetzten Besitzers widerrechtlich und folglich nach dem Strafgesetz strafbar. Ausser dieser Gefahr muss der frühere Besitzer auch damit rechnen, dass er von dem jetzigen Besitzer, dem ein Notwehrrecht nach § 859 I auch gegen den ursprünglichen Besitzer zusteht, überwunden wird, ohne ihn dann strafrechtlich fassen zu können. Nach richterlicher Meinung bildet also § 861 II keine Ausdehnung des Selbsthilferechtes nach § 859 II III. Es ist nicht Recht, von einem Angriffsrecht des rechtmässigen Besitzers innerhalb Jahresfrist zu sprechen.

Die Zulässigkeit der allgemeinen Selbsthilfe ist zeitlich nicht so eng umgrenzt. Sie ist zulässig, wenn ohne sofortiges Eingreifen Gefahr besteht, dass „die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert wird." Während bei der Besitzselbsthilfe objektive Momente entscheiden und der Augenblick der Kenntnisnahme unerheblich ist, kann bei der allgemeinen Selbsthilfe die Gefährdung schon lange bestehen, die Befürchtung der Flucht des Schuldners schon lange begründet sein, ohne dass der Gläubiger davon Kenntnis hat. Erfährt er jetzt die Tatsache, so kann er immer noch unter den im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen zur Selbsthilfe schreiten; dann ist es immer noch ein sofortiges Eingreifen, da auch jetzt noch ohne dieses Eingreifen die Verwirklichung des Anspruches gefährdet wäre.

Selbst wenn er schon längere Zeit die Gefahr kennt, ist die Selbsthilfe nicht ausgeschlossen. Tatsächlich wird jedoch der Zeitraum zwischen der Kenntnisnahme und dem Selbsthilfeakt in der Regel kurz sein, da man sonst unter normalen Verhältnissen obrigkeitliche Hilfe zur Stelle haben könnte.

Die zeitlichen Schranken der allgemeinen Selbsthilfe sind also weiter wie die der Besitzselbsthilfe. Dafür ist aber die allgemeine Selbsthilfe einer Reihe weiterer Einschränkungen unterworfen, die für § 859 II III nicht gelten.

Zunächst darf der Verpflichtete nur festgenommen werden, wenn er der Flucht verdächtig ist. Weitere Einschränkungen enthält § 230 II—IV. Im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen.

Im Falle der Festnahme des Verpflichteten ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgericht zu beantragen, in dessen Bezirk die Festnahme erfolgt ist; der Verpflichtete ist unverzüglich dem Gerichte vorzuführen.

Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat die Rückgabe der weggenommenen Sache, oder die Freilassung des Festgenommenen unverzüglich zu erfolgen.

Das Recht des Gläubigers ist also nur ein provisorisches, es geht nicht auf Befriedigung, sondern auf Sicherstellung. Der Berechtigte wird nicht Richter und Vollstrecker in eigener Sache.[1])

§ 13. Zusammenfassung des Ergebnisses des zweiten Teiles.

Wir haben die Voraussetzungen, Mittel und Schranken der Besitzselbsthilfe einerseits, der allgemeinen Selbsthilfe anderseits einzeln untersucht und dann nebeneinandergestellt. Das Ergebnis dieses Vergleiches ist folgendes:

Dass die Voraussetzungen bei der Besitzselbsthilfe enger sind — durch verbotene Eigenmacht gestörter Besitz — ergibt sich mit Notwendigkeit aus ihrem Wesen als Besitzselbsthilfe. Demgegenüber ist es nicht von wesentlicher Bedeutung, dass die allgemeine Selbsthilfe auf eine breitere Grundlage gestellt ist. Von grosser Wichtigkeit ist es dagegen, dass die allgemeine Selbsthilfe nur zulässig ist, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zur Stelle und

[1]) Motive Bd. II S. 256.

der Anspruch gefährdet ist. Der Besitzer ist an solcher Voraussetzung in keiner Weise gebunden.

Resultat:
Der Besitzer ist besser gestellt.

Bezüglich der Mittel ist das Gesetz dem Besitzer gegenüber sehr freigiebig. Jede Gewalt ist ihm erlaubt, die erforderlich ist, ihm seinen Besitz wieder zu verschaffen. Nicht so weitgehende Mittel stehen dem nach §§ 229 ff zur Selbsthilfe Berechtigten zu Gebote. Sie sind einzeln im Gesetze aufgezählt und dürfen nicht überschritten werden. Falls sie nicht ausreichen, versagt also die Selbsthilfe.

Resultat:
Auch bezüglich der Mittel ist der Besitzer besser gestellt.

Der Besitzselbsthilfe sind enge zeitliche Schranken gesteckt, nicht in demselben Masse der allgemeinen Selbsthilfe. Dafür ist erstere definitiv, letztere provisorisch, so dass wir auch hier zu dem Resultat kommen: der Besitzer ist besser gestellt.

Ergebnis:

Die allgemeine Selbsthilfe geht in manchen Punkten weiter als die Besitzselbsthilfe; diese sind aber qualitativ nicht von gleicher Bedeutung wie diejenigen, in denen sie der Besitzselbsthilfe nachstehen. Durch den § 859 wird also der Besitzer wirksamer geschützt, als es nach §§ 229 ff. der Fall sein würde.

III. Teil

Verhältnis des defensiven Notstandes zum § 859.

§ 14. Verhältnis von § 228 und § 859.

§ 859 schützt den Besitzer nur gegen solche Angriffe, die von Personen ausgehen. Denn wie oben nachgewiesen wurde[1]), kann verbotene Eigenmacht, die Voraussetzung von § 859, nur von Personen verübt werden. Während im allgemeinen Teile als Ergänzung zu dem mit § 859 I korrespondierenden § 227 für Bedrohungen, die von Sachen ausgehen, der § 228, der sogenannte defensive Notstand, geschaffen wurde, fehlt im Rahmen des Besitzschutzes eine spezielle Vorschrift über die Selbsthilfe gegen Besitzeinträchtigungen, die von Sachen ausgehen. Gegen rein sachliche Störungen hat der Besitzer also keine Sonderstellung, hier ist er an die ziemlich engen Schranken des § 228 gebunden; demnach müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

1) Durch die Sache selbst, gegen die sich die Selbsthilfe richtet, muss eine Gefahr drohen.

2) Die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Beschädigung oder Zerstörung und der drohende Schaden dürfen nicht ausser Verhältnis stehen.

Einige Schulbeispiele mögen die Stellung das Besitzers beleuchten. Dringt eine fremde Person wider oder ohne meinen Willen in meinen Garten ein, so kann ich sie, da sie meinen Besitz stört, nach § 859 I sofort mit Gewalt

[1]) § 5.

hinauswerfen, auch wenn sie gar keinen Schaden anrichtet.

Ein anderes Mal sehe ich, wie der wertlose Hund meines Nachbarn mein kostbares Blumenbeet zerwühlt. Hier darf ich nach § 228 zur Flinte greifen, um den Hund zu verwunden, ja nötigenfalls zu töten. Tummelt sich dagegen ein prachtvolles Pferd auf meinem Acker, wo es alles Gemüse zerstampft, so schützt mich § 228 nicht. Ich darf das Pferd nicht verletzen, erst recht nicht töten, sondern kann höchstens versuchen, es zu verscheuchen. Selbstverständlich ist mir der Eigentümer des Pferdes zum Schadenersatz verpflichtet, aber eine Selbsthilfe gegen das Tier habe ich nicht. Die Stellung des Besitzers ist in diesen Fällen im Hinblick auf seine sonstigen Selbsthilferechte ziemlich ungünstig.

§ 15. Das preussische Feld- und Forstpolizeigesetz.

Eine gewisse Ergänzung findet das Reichsrecht in diesem Punkt wenigstens für Preussen durch das Landesreht. Nach EGBGB. Art. 89 bleiben die landesrechtlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen unberührt. In Preussen ist diese Materie im Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 geregelt. Doch wird dadurch auch für Preussen die oben im § 1 erwähnte Lücke im Besitzschutz keineswegs ausgefüllt. Das Pfändungsrecht ist nur zulässig bei Störungen im Besitz von Grundstücken durch Tiere. Es wird also nur ein ganz spezieller, in der Praxis allerdings sehr wichtiger Fall geregelt. Ausserdem fehlt dem Pfändungsrecht ein wesentliches Moment der Besitzselbsthilfe, die Rechtsverfolgung ohne Richter. Es geht immer nur auf Sicherstellung des Schadenersatzanspruches, nicht auf Befriedigung. Selbst diese Sicherung bedarf noch der obrigkeitlichen Mitwirkung.

Der dem Gesetz zu Grunde liegende Gedanke ist dem römischen Recht vollständig fremd, er stammt aus dem alten deutschen Recht.

Als Mittel der Selbsthilfe kennt das Gesetz nur die Pfändung. Bemerkenswert ist der grosse Kreis von Personen, die neben dem Geschädigten die Pfändung vornehmen dürfen, nämlich der Feld- und Forsthüter, ferner alle Personen, welche die Aufsicht über das Grundstück führen oder zur Familie, zu den Dienstboten oder zu den auf dem Grundstück beschäftigten Arbeitsleuten des Beschädigten gehören. Entsprechend dem kasuistischen Charakter des Preussischen Allgemeinen Landrechts, aus dem das Feld- und Forstpolizeigesetz hervorgegangen ist, werden die Fälle, in denen die Pfändung vorgenommen werden darf, ganz genau aufgezählt.[1]) In erster Linie darf Vieh gepfändet werden, das auf Grundstücken angetroffen wird, auf denen es nicht weiden darf. Ausserdem ist nach Absatz II die Pfändung von Reit- und Zugtieren zulässig, falls jemand unbefugt über ein Grundstück „reitet, karrt, fährt, Vieh treibt, Holz schleift, den Pflug wendet". Die Pfändung muss innerhalb 24 Stunden dem Gemeinde- oder Gutsvorsteher oder der Ortspolizei angezeigt werden, andernfalls kann das gepfändete Vieh zurückverlangt werden, und es verliert der Beschädigte den Anspruch auf die Kosten der Pfändung. Da das Vieh nur für den Schaden, den es angerichtet, haftet, muss es zurückgegeben werden, sobald bei dem zuständigen Gemeinde- oder Gutsvorstand ein entsrechender Geldbetrag oder ein anderer Gegenstand hinterlegt wird.

[1]) cf. §§ 77 und 10.